Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

wohl aber dann ihn mit einem ſolchen Character bekleidet, wenn ſie dieſe Abſonderung durch Zuſtände zu vermitteln vermag, welche nach der allgemeinen Rechtsnorm dieſe Wirkung *nicht erzeugen* ſollen, und dieſe den Schutz der allgemeinen Rechtsorganiſation genießt.

(Schluß im nächſten Heft.)

VII.

Beiträge zum Prozeßrecht. Nach Frankfurter Rechtsfällen.

Von

Dr. **Bender** in Frankfurt a. M.

Einleitung.

Der nachfolgende Aufſatz will einen Beitrag zur Förderung der Wechſelwirkung zwiſchen Theorie und Praxis des Rechts dadurch liefern, daß er in kurzen Sätzen nachzuweiſen ſucht, wie ſich die Gerichte, beſonders diejenigen zweiter und dritter Inſtanz, aus Veranlaſſung Frankfurter Rechtsfälle neuerer Zeit über erhebliche Fragen des *gemeinen* Prozeßrechts ausgeſprochen haben. In Frankfurt gilt nemlich das gemeine Recht ſubſidiär und beſteht grundgeſetzlich das Recht der Actenverſendung an deutſche Juriſten-Facultäten in der Appellations- und Reviſionsinſtanz, während Ober-Appellationsſachen an das gemeinſchaftliche Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands zu Lübeck gelangen, bei welchem von der Actenverſendung zur Abfaſſung des Endurtheils gleichfalls Gebrauch gemacht werden kann. Es ſind alſo zunächſt Rechtsanſichten *des oberſten Gerichtshofs zu Lübeck* und *deutſcher Juriſten-Facultäten*, welche hierbei in Betracht kommen. Die Reſultate der Rechtsanwendung der Obergerichte werden nach den bezüglichen Lehren des gemeinen Prozeßrechts zuſammen-

gestellt in einer entsprechenden Auswahl ohne Actenmaterial gegeben. Auf die Frankfurter Particulargesetzgebung ist im Hinblick auf Plan und Bestimmung des Archivs nirgends eingegangen worden. Dazu, so wie zu einer umfassenderen Beachtung der auf diese Gesetzgebung sich beziehenden Gerichtspraxis bis zur neuesten Zeit, wird sich in einer ausführlicheren Bearbeitung des Lehrbuchs des Frankfurter Civilprozesses (Fr. 1837), welche der Verfasser späterhin herauszugeben beabsichtigt, die passende Gelegenheit darbieten.

---

1. Gerichtsstände. Gerichtsbarkeit.

1) Die Zuständigkeit des *Gerichtsstands des Wohnsitzes* muß so lange für begründet angenommen werden, als nicht nachgewiesen ist, daß Jemand seinen bisherigen Wohnsitz *wirklich aufgegeben habe*. Zu dem Ende muß diese Person nicht nur ihren bisherigen Wohnsitz verlassen, sondern zugleich auch die Absicht deutlich zu erkennen gegeben haben, *daselbst nicht länger wohnen zu wollen*. Hat Jemand ein *doppeltes* Domicil — das gemeinrechtlich statthaft (l. 6. §. 2. und l. 27. §. 2. D. 50. 1.) und in dem Fall anzunehmen ist, wo z. B. Jemand regelmäßig den Winter in einer bestimmten Stadt und den Sommer in einer anderen zubringt und an beiden Orten (z. B. in Frankfurt und in Baden-Baden) eine beständige Wohnung besitzt —, so steht dem Kläger die Wahl zu, wo er die Klage anbringen will, und die gleiche Wahl hat auch der Provocat bezüglich der Klage in der Hauptsache, ohne daß die Provocation hierin etwas ändern könnte. — Die sog. *Ausbürger* sind vor den Gerichten ihres *ständigen Wohnorts* zu belangen. Ein forum originis generale, welches ein Ausbürger *neben* dem Gerichtsstand des Wohnorts anzuerkennen hätte, läßt sich rechtlich nicht begründen. Ein forum originis commune im Sinne des römischen Rechts ist heutiges Tags gar nicht

mehr anwendbar, während das forum originis proprium bei den veränderten staatsrechtlichen Verhältnissen nur noch bei Findelkindern und weiterhin als forum necessarium der Hauskinder vorkommt, so lange diese im elterlichen Hause, beziehungsweise unter der väterlichen Gewalt sich befinden, so daß es erlischt, wenn die Kinder aus dem väterlichen Haushalt treten und einen selbstständigen Haushalt errichten. — In diesem Sinne wurde in den Jahren 1840 und 1841 von dem Frankfurter Stadtgericht und in zweiter Instanz von der Rechtsfacultät zu Würzburg erkannt. Ferner gehört hieher ein Erkenntniß des Ober-App.-Gerichts zu Lübeck vom Sept. 1841 und ein Ob.-App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Marburg vom Nov. 1851.

2) Zur Begründung des Gerichtsstands des Contracts kommt es gemeinrechtlich darauf an, daß der Beklagte am Klageort gegenwärtig sei oder daselbst Vermögen besitze. Bei von Auswärtigen ertheilten Geschäftsaufträgen, die z. B. in Frankfurt angenommen und ausgeführt werden, ist Frankfurt der Ort des Contracts, nicht dort, wohin die erfolgte Annahme und Ausrichtung angezeigt wird; es bedarf also einer besondern Begründung des Gerichtsstands durch Arrest nicht. Umgekehrt ist, wenn ein Frankfurter Haus z. B. nach England den Auftrag gegeben hat, gewisse Waaren für dessen Rechnung dort einzukaufen und sie dann etwa nach Rotterdam zu spediren, nicht in Frankfurt der Ort des Contracts, sondern in England, weil die Commission nicht schon durch Absendung des Auftragschreibens, sondern erst durch Annahme des Auftrags in England perfect geworden ist. Hat ein Kaufmann Etablissements an mehreren Orten und bei jedem derselben Gläubiger, so muß der Regel nach ein jeder von diesen seine Befriedigung da suchen, wohin er geborgt hat; der Principal bleibt aber für die Schulden seiner sämmtlichen Etablissements persönlich verhaftet, weßhalb ihm, wenn er Ansprüche aus einer seiner mehreren Firmen geltend machen wollte, Forderungen aus Geschäften mit seinen übrigen Firmen com-

pensando oder reconveniendo entgegen gehalten werden könnten. — Ist in einem Falle bedungen, daß der Erfüllungsort ein anderer als der Schlußort sein solle, so entscheidet über den Gerichtsstand die getroffene Abrede. Daraus aber, daß kein besonderer Erfüllungsort bedungen worden, folgt nicht, daß es nun gar keinen Gerichtsstand des Contracts gebe, denn der Gerichtsstand des zu erfüllenden Vertrags bildet im Allgemeinen blos eine Modification für denjenigen der Eingehung (Ober-App.-Ger.-Erk. vom Juli 1841 und April 1845, App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Berlin vom Febr. 1844).

3) Eine Klage auf Rechnungsablage kann nach der Wahl des Klägers im Gerichtsstand der geführten Verwaltung oder des Wohnsitzes angestellt werden. In letzterem können der Regel nach alle Klagen angestellt werden; ein jeder besonderer Gerichtsstand hat daher an sich nur die Natur eines blos concurrirenden. Ueberdies verhält sich der Gerichtsstand der geführten Verwaltung als eine Art des Gerichtsstands des Contracts, mit welchem derjenige des Wohnsitzes als ein genereller concurrirt. Von den sechs Stellen des gemeinen Rechts, worin der Gerichtsstand der geführten Verwaltung vorkommt, sind fünf (l. 54. §. 1. D. de procurat., l. 19. §. 1. und l. 36. §. 1. D. de jud., l. 1. und 2. C. ubi de ratiocin.) nur Beweisstellen für die Existenz dieses Gerichtsstands als eines besonderen Forums, und die sechste (l. 45. pr. D. de jud.) sagt blos, daß sich der Rechnungspflichtige bei diesem forum speciale belangen lassen müsse, was also gegen den Beklagten gilt, nicht gegen den Kläger. Deutlich spricht gegen die Ausschließlichkeit des Gerichtsstands der geführten Verwaltung die l. 4. §. 5. D. de edendo, wonach ein Argentarius auch in einem anderen Forum, wo er sein Geschäft nicht betrieben hat, auf Edition seiner Rechnungsbücher belangt werden kann, insofern sich Kläger mit einer Abschrift begnügt und die dadurch veranlaßten Kosten trägt. Ohnehin würde es sonst oftmals sehr schwierig zu bestimmen

sein, wo dieser Gerichtsstand eigentlich sich befinde, zumal wenn die streitigen Geschäfte an verschiedenen Orten geführt worden sind. Selbst das läßt sich nicht zugeben, daß der Gerichtsstand der geführten Verwaltung wenigstens dann ein ausschließlicher sei, wenn nach den Umständen eines vorliegenden Falles die Sache besser dort instruirt werden könnte, als im Gerichtsstand des Wohnsitzes. Die Rechtsfrage von der Ausschließlichkeit des Gerichtsstands der geführten Verwaltung ist allerdings controvers und daher auch von den Gerichten verschiedenartig entschieden worden; es dürften jedoch für die ausgesprochene Ansicht — welche auch diejenige des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck ist, wie sich namentlich aus einem Erkenntniß vom Jahr 1845 und den dazu gehörigen Entscheidungsgründen ergiebt — die angedeuteten Gründe überwiegend sprechen.

4) Forderungen eines Nachlasses gegen auswärts Wohnende, wenngleich Miterben, sind allemal vor deren ordentlichem Richter anzubringen, wo der Erblasser als Kläger selbst hätte auftreten müssen, denn ein Erbe succedirt niemals in das Forum des Wohnorts des Erblassers. Solche persönliche Klagen können auch nicht an das forum hereditatis als der belegenen Sache gebracht werden, denn die auswärtigen Miterben haften in solchen Fällen nicht als solche, sondern als Darlehnsschuldner u. s. w. Nur im Wege der Compensation oder Reconvention könnten solche Ansprüche vor den Erbtheilungsrichter gezogen werden, niemals aber mittelst einer selbstständigen Klage, die vor den Gerichtsstand des Wohnsitzes des Schuldners gehört. Daß Kläger seine Befriedigung aus dem in einem Erbschaftsantheil bestehenden und am Klageort befindlichen Vermögen des Beklagten sucht, macht die Klage zu keiner dinglichen, noch begründet dieser Umstand für die persönliche Klage einen besondern Gerichtsstand. Eben so wenig ist ein solcher aus einem Zusammenhang der Sache mit dem Erbtheilungsverfahren (forum connexitatis) herzuleiten. Zwar ist die Legitimation Klägers als Erben

des ursprünglichen Gläubigers etwas beiden Sachen Gemeinschaftliches; allein dies macht eine Verhandlung beider Sachen vor demselben Richter um so weniger nöthig, weil die einmal feststehende Erbenqualität Klägers auch in jeder anderen Sache unter denselben Partheien und von jedem anderen Richter anerkannt werden muß, wogegen die Passivlegitimation des Beklagten nicht auf der Frage, ob er an der vor dem Theilungsrichter zur Theilung gekommenen Erbschaft einen Antheil habe, sondern darauf beruht, ob er Erbe des ursprünglichen Schuldners geworden, welche beide Fragen von einander völlig unabhängig sind. Endlich verpflichtet die in Nachlaßsachen ergehende Edictalladung nicht die Schuldner der Masse, sich auf die gegen sie Namens des Nachlasses als Gläubigers zu erhebenden Ansprüche dahier einzulassen, sie ist vielmehr nur an die Gläubiger der Masse gerichtet. — Diese Rechtssätze kamen in einem Revisions-Erkenntniß der Rechtsfacultät zu Bonn vom Jahr 1841 zur Anwendung.

5) Erklärt Jemand, er überlasse es der Wahl des andern Theils, wenn dieser ihn belangen wolle, dies am Wohnort des Beklagten oder auch an einem anderen bestimmten Orte zu thun, und Kläger wählt hierauf diesen anderen Ort zur Anstellung der Klage, z. B. Frankfurt, während der Beklagte in Paris wohnt, so hat eine Prorogation des Gerichtsstands Statt gefunden. Der Beklagte kann also, wenn Kläger in Frankfurt gegen ihn auftritt, die Einrede des nicht zuständigen Forums nicht vorschützen, denn indem er sich freiwillig dem Frankfurter Gericht unterwarf, verzichtete er zugleich auf diese Einrede, deren Vorbehalt neben der Prorogation des Gerichtsstands sich nicht denken läßt. Hätte der Beklagte in seiner Erklärung auf die Klage etwa zugleich Caution für Reisekosten und Zeitverlust verlangt, Kläger aber deren Leistung verweigert, so bliebe deswegen der Frankfurter Gerichtsstand unverrückt, indem über diese verzögerliche Einrede demnächst ein richterlicher Bescheid zu erwarten wäre. Allerdings könnte

der Beklagte eine solche von ihm genehmigte Prorogation widerrufen, allein immer nur vor Anstellung der Klage bei dem gewählten Richter, um so weniger also, nachdem dieser auf die Klage schon Ladung erkannt und somit die ihm übertragene Gerichtsbarkeit bereits ausgeübt hätte. Eine solche dem Kläger bewilligte Wahl kann übrigens immer nur von der Rechtsverfolgung verstanden werden, nicht auch vom Recht selbst, d. h. nicht dahin, Beklagter wolle sich in dem angenommenen Beispiel nach Belieben Klägers nach dem Frankfurter oder nach dem französischen Recht richten lassen. Eine Provocation der Partheien brauchen sich die Gerichte übrigens nicht gefallen zu lassen, vielmehr hängt es von ihnen ab, ob sie sich der Entscheidung der Sache unterziehen wollen, denn der fremde Richter kann nicht gezwungen werden, den ihm nicht unterworfenen Partheien Recht zu sprechen. Die l. 2. §. 1. D. de judic. steht nicht entgegen, weil durch sie blos die Frage entschieden wird, ob die Unkunde des Prätors über das Einverständniß der Partheien und ein Irrthum über seine Jurisdictionsbefugniß dem Rechtsbestand des von ihm wirklich abgegebenen Erkenntnisses schade, wenn nur die Partheien darüber einverstanden gewesen, sich demselben zu unterwerfen, was verneint wird. Hieraus folgt aber keineswegs, daß auch der Prätor sich die Provocation wider seinen Willen hätte gefallen lassen müssen, wenn er nicht in dem gedachten Irrthum befangen gewesen wäre. — Hienach erkannte das Oberappellationsgericht zu Lübeck in den Jahren 1842 und 1845, ebenso sprach sich die Rechtsfacultät zu Marburg in einem Erkenntnisse zweiter Instanz vom Jahr 1842 aus.

6) Zu den Recusationsgründen gehört grundsätzlich jeder Umstand, der auf eine Abgeneigtheit des Richters gegen die ansuchende Parthei oder auf eine unverkennbare Hinneigung desselben zur Gegenparthei schließen läßt. Werden Mitglieder eines Gerichts zu Zeugen vorgeschlagen, der Antrag auf deren

Abhör aber verworfen, so mögen sie an den später ergehenden Erkenntnissen des Gerichts in der Sache selbst unbedenklich Theil nehmen, denn in jenem Antrag liegt keine Recusation. Auch daraus folgt kein Grund zur Recusation, wenn ein Einzelrichter seinem Actuar Protokolle in die Feder dictirt und dem Beklagten Vertheidigungsgründe an die Hand gibt. Jenes Dictiren geschieht bei mündlichen Verhandlungen von vielen achtbaren und einsichtsvollen Einzelrichtern in der besten Absicht, und wenn es auch von einigen Rechtslehrern gemißbilligt wird, so muß man doch zugeben, daß dadurch auf der einen Seite nicht selten für die richtige und treue Auffassung der Vorträge, sowie für deren concisen Ausdruck viel gewonnen werden, auf der andern Seite aber für die Treue des Protokolls und das materielle Recht nicht leicht ein Nachtheil entstehen kann, indem für die Richtigkeit des Dictirens, abgesehen von der Vermuthung für die Rechtlichkeit des Richters, schon darin eine hinreichende Gewähr zu finden ist, daß die Parthei zugegen und der beeidigte Actuar verpflichtet ist, dem Dictirten geziemend zu widersprechen, falls es im Wesentlichen mit den Partheivorträgen nicht übereinstimmen sollte. Ueberhaupt können ja auch Vorträge in Civilsachen nur in ganz seltenen Fällen mit den eigenen Worten der Partheien wiedergegeben werden; wenn also der Richter sie nicht zusammenzieht und in andere Worte faßt, so muß dies der Actuar selbst thun, was wenigstens nicht zu einer getreueren und besseren Auffassung führt. Ebensowenig ist es einem Einzelrichter zum Vorwurf zu machen, wenn er die rechtsunerfahrenen Partheien bei deren persönlichem Erscheinen vor Gericht auf die Punkte hinweist, worauf sie ihre Erklärungen zu richten haben, ja selbst auf die einem solchen Beklagten zu Gebot stehenden Vertheidigungsmittel aufmerksam macht, zumal wenn dieser sich gegen die Angriffe eines durch einen geübten Sachwalter vertretenen Klägers zu vertheidigen hat. Der Richter übernimmt dadurch keineswegs die Rolle des Advokaten. — In einer

Sache vom Lande, worin ein Einzelrichter auf dieſe Weiſe gewirkt hatte, ſprach ſich das Oberappellationsgericht zu Lübeck im Jahr 1839 dahin aus, daß dieſem Beamten deshalb um ſo weniger ein Vorwurf gemacht werden könne, weil er in Ermangelung einheimiſcher Vorſchriften hierüber nichts Anderes gethan habe, als was benachbarten Untergerichten ſogar zur Pflicht gemacht ſei, z. B. in §. 3 der Hanauer Untergerichtsordnung vom Jahr 1763, die erſt noch im Jahr 1816 zum Gebrauch der Fuldaiſchen Untergerichte von Neuem abgedruckt worden iſt. Ganz ebenſo wäre der Fall zu beurtheilen, wenn ein Einzelrichter Zeugenausſagen zu Protokoll dictirte.

7) Hinſichtlich eigentlicher Regierungshandlungen ſteht die Regierung als ſolche nicht unter den Gerichten. Hätte daher die Regierungsbehörde in einem Falle z. B. von dem ihr zuſtehenden Nothrecht (jus eminens) Gebrauch gemacht, ſo könnten die Gerichte nicht darüber entſcheiden, ob die Ausübung dieſes Nothrechts unabwendbar geweſen ſei. Hätte dagegen die Regierung ihren Beſchluß, ohne vom jus eminens Gebrauch zu machen, in der Vorausſetzung gefaßt, daß dem dagegen gerichtlich aufgetretenen Kläger kein widerſtreitendes Privatrecht und ſomit gar kein Widerſpruchsrecht zuſtehe, ſo müßte bei gleichwohl erhobenem Widerſpruch auch die Regierung hinſichtlich der Frage, ob die behauptete Verletzung ſtattgefunden habe oder nicht, vor den Gerichten Recht nehmen. — Dieſe Rechtsfrage kam in den Jahren 1839 bis 1842 zur Sprache und wurde in dem angedeuteten Sinne ſowohl von der Rechtsfacultät zu Würzburg, als auch vom Oberappellationsgericht zu Lübeck entſchieden.

Einem Frankfurter Handelsmann waren am 17. September 1848 zwei Gewölbe erbrochen und von den damaligen Barrikadenkämpfern nach ſeiner Angabe für mehr als 5000 Gulden Werth an darin befindlichen Waffen weggenommen worden, wofür er Erſatz vom Staat beanſpruchte.

Das Stadtgericht zu Frankfurt wies ihn im Februar 1850 mit seiner Klage ab, indem, wenn es auch die Aufgabe des Staats sei, durch Präventivmaßregeln für die öffentliche Sicherheit zu sorgen, diese Aufgabe doch zunächst nur im Interesse des Gemeinwohls zu lösen wäre, während der Einzelne, falls die Gesetzgebung nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimme, nicht befugt erscheine, daraus ein Zwangsrecht für sich abzuleiten und den Staat für die Folgen einer ihm durch Dritte zugefügten Rechtsverletzung verantwortlich zu machen, auch die Art und Weise der Verwendung öffentlicher Schutzmittel und die Zweckmäßigkeit der militärischen Anordnungen bei Aufständen ꝛc. kein Gegenstand der richterlichen Entscheidung sein könne. In der Appellationsinstanz wurde von der Rechtsfacultät zu Bonn bestätigend erkannt. Die Facultät ging dabei hauptsächlich von folgenden Gesichtspunkten aus. Es sei ein unbestrittener Grundsatz des öffentlichen Rechts, daß dem Staat die Verbindlichkeit obliege, seine Angehörigen gegen Gewaltthätigkeiten möglichst zu schützen. Allein dieser Grundsatz reiche nicht aus zur Begründung der klägerischen Ersatzansprüche, weil aus solchen publicistischen Verbindlichkeiten nicht sofort ein privatrechtliches obligatorisches Verhältniß zwischen dem Staat und den einzelnen Staatsangehörigen entspringe. Schon im Privatrecht gebe es Verpflichtungen, deren Vernachlässigung zu keinen Privatentschädigungsansprüchen berechtige, z. B. vernachlässigte Erziehung der Kinder durch die Eltern. Im öffentlichen Recht aber stehe weder der Staat im Ganzen, noch der einzelne ihn vertretende Staatsbeamte, in einem obligatorischen Nexus zu den einzelnen Staatsangehörigen, so lange nicht ein specieller Verpflichtungsgrund hinzugekommen sei, nemlich entweder ein Rechtsgeschäft oder eine positive Rechtsverletzung. Bis dahin könne das blos negative Verhalten einer Behörde, wenn es den Zwecken und Pflichten des Staats zuwiderlaufe, wohl eine Verantwortlichkeit der betreffenden Beamten gegen den Staat,

nicht aber eine Ersatzpflicht des Staats gegenüber einzelnen Staatsbürgern zur Folge haben, während solche Ersatzansprüche unter einer der gedachten beiden Voraussetzungen wohl auch auf Unterlassungshandlungen der Richter oder Verwaltungsbeamten gegründet werden möchten. Wenn nun nach diesem Gesichtspunkt schon die persönliche Entschädigungspflicht des Beamten in engere Grenzen einzuschließen sei, so komme für den Staat noch der besondere Umstand in Betracht, daß bei juristischen Personen die Voraussetzung einer directen obligatio ex delicto ganz wegfalle und nur von einer subsidiären Verhaftung derselben für ihre Vertreter die Rede sein könne. Es müßte sonst der Staat z. B. auch einen Bestohlenen schadlos halten, wenn der Polizei der Vorwurf gemacht werden könnte, nicht wachsam genug gegen nächtliche Diebe gewesen zu sein. In dem vorliegenden Streitfall kam noch der weitere erhebliche Umstand in Betracht, daß Kläger an dem ihm widerfahrenen Unrecht die Schuld selbst mit trug, weil er in der Stunde der höchsten Gefahr sein Geschäftslocal verlassen und, während man sonst bei ihm nur einzelne alte Gewehre u. dgl. m. zu suchen gewohnt war, darin über 300 Stück aufgehäuft hatte, um in jener unruhigen Zeit damit zu speculiren, ohne der Polizei zeitig von diesem Lager die Anzeige zu machen, nemlich bei den ersten Anzeichen eines bevorstehenden Aufstands, welche schon am 17. Sept. 1848 sehr entschieden wahrzunehmen waren.

8) Das Rechtsverhältniß der Staatsdiener gehört, sofern es sich von den durch Uebernahme eines Staatsdienstes erlangten vermögensrechtlichen Befugnissen handelt, zu den wohlerworbenen Privatrechten des Dieners, die nicht der Willkühr der Verwaltungsbehörden in der Art überlassen sind, daß eine ungesetzliche Entziehung der Besoldung und sonstiger Emolumente zulässig wäre, daher sie bei eintretender Verletzung zur Verfolgung auf gerichtlichem Wege geeignet betrachtet werden müssen. Es kann also z. B. eine behauptete un-

gesetzliche Entlassung und Gehaltsentziehung als Kränkung privatrechtlicher Befugnisse gerichtlich angefochten werden, zwar nicht mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den entzogenen Dienst, dessen Ausübung nicht zu den eigenen Rechten des Beamten gehört, wohl aber mit dem Antrag auf Vergütung der mit dem Amte verlorenen Einkünfte, worin ein Eingriff in die Vermögensrechte liegt. Ob dieser Eingriff gesetzlich geschehen oder nicht, darüber steht den Gerichten das Erkenntniß zu und der Fiskus muß vor ihnen Recht nehmen. Dagegen können Gerichte einen entlassenen Beamten niemals reactiviren. — Nach diesen Rechtssätzen erkannte im Jahr 1844 die Rechtsfacultät zu Tübingen.

9) Der Fiskus der Zollvereinsregierungen ist an sich einem Richter nicht unterworfen. Wer durch die Zollverwaltung sich gekränkt fühlt, kann im Wege des Prozesses nach der Verfassung seines Staats nur gegen den einzelnen Staat klagend auftreten. Es fragt sich aber, ob Zollsachen überhaupt Justizsachen werden können? In den Jahren 1838 und 1839 kam diese Frage zur gerichtlichen Beurtheilung. Das Stadtgericht zu Frankfurt verwarf in einer damals gegen das Hauptsteueramt daselbst bezüglich einer Nachsteuerforderung anhängig gemachten Klagsache die von letzterem vorgeschützte Einrede der Incompetenz des Gerichts, denn in Fällen, wo durch eine Klage nicht die Hemmung der Thätigkeit einer Verwaltungsbehörde durch die Gerichte an sich, sondern nur der Ersatz einer nach des Klägers Behauptung gesetzwidrig bei ihm erhobenen Steuer bezweckt werde, liege eine der Entscheidung der Gerichte anheimfallende Rechtsfrage vor. Das Appellationsgericht sprach sich dagegen dahin aus, daß Zollsachen überhaupt bloße Verwaltungssachen seien und niemals Civilprozeßsachen werden könnten, indem der ganze Geist und Inhalt der Zollgesetzgebung, welche den Beschwerdegang bei Beeinträchtigungen von Privaten durch die unteren Zollbe-

hörden an die Zolldirectionen und von da an die höchsten Verwaltungsbehörden vorzeichne, die Mitwirkung oder separate Aburtheilung solcher Gegenstände durch die Civilgerichte und somit eine directe Einwirkung dieser auf die Zollerhebung ausschließe. Nach dieser Entscheidung des Appellationsgerichts, bei welcher es verblieben, ist also anzunehmen, daß Zollsachen, namentlich alle über die richtige Anwendung des Zolltarifs auf die einzelnen zollpflichtigen Gegenstände entstehenden Zweifel und Irrungen, überhaupt niemals vor die Gerichte gebracht werden können. Dagegen sind, nach der ausdrücklichen Vorschrift des Zollgesetzes, Streitigkeiten zwischen dem Inhaber zollpflichtiger Gegenstände und deren Eigenthümer, Absender oder Empfänger über Erstattung der davon entrichteten Abgaben ausschließend von den Gerichten nach den unter diesen Personen bestehenden rechtlichen Verhältnissen zu entscheiden.

10) Daß die Gerichte in allen Gewerbssachen competent seien und vor die Verwaltungsbehörde nur deßfallsige Beschwerden zur Erledigung gehörten, läßt sich in dieser Allgemeinheit mit Grund nicht behaupten. Betrifft der Streit den eigentlichen Sinn und Umfang einer Verordnung, durch welche die Gewerbsbefugnisse der Partheien bestimmt sind, so fällt die Entscheidung zweckmäßig derjenigen Behörde zu, von welcher diese Verordnung ausgegangen ist, um entweder durch eine authentische Interpretation die entstandenen Zweifel zu heben, oder durch eine neue Verordnung die zur Sprache gebrachten Lücken zu ergänzen. In solchen Fällen und zu diesem Zweck tritt keine Verweisung auf den Rechtsweg ein und kann keine Klage bei den Civilgerichten Statt finden. Denn hätte Jemand seine Gewerbsbefugnisse zum Nachtheil Anderer unzweifelhaft überschritten, oder würde auf dem Weg der Gesetzgebung der dagegen entstandene Zweifel gehoben, und wäre das Thatsächliche des Eingriffs klar, so gebührte die Unter-

drückung des letzteren der Verwaltungsbehörde. In Fällen dagegen, wo der gesetzliche Begriff des Gewerbeeingriffs nicht bestritten, aber das factische Dasein desselben geleugnet ist, gehört die Sache an die Polizeibehörde. Kommt es dagegen bei streitigen Gewerbssachen namentlich auf die doctrinelle Auslegung von Prozeßvergleichen an, also nicht auf den Sinn und Umfang einer Verordnung über Gewerbsbefugnisse, sondern auf denjenigen solcher Entscheidungsquellen, die aus der Willkühr der Partheien selbst entstanden sind, so haben die Gerichte allein zu entscheiden.

Eine ganz andere Frage ist aber die: ob Inhabern älterer Gewerbsrechte nicht eine Klage auf Entschädigung gegen diejenige Behörde zustehe, die durch eine neuere Verfügung, z. B. Ertheilung einer Concession, den einmal erworbenen Rechten jener zu nahe getreten sein mag. Eine solche Klage, nicht gegen den Concessionirten, sondern gegen den Fiscus, dürfte an sich unbedenklich zulässig sein. Diese Frage kam im Jahr 1845 zur Verhandlung, als das Dreherhandwerk zu Frankfurt gegen den Inhaber einer Schirmrohr-, Stock- und Fischbein-Fabrik geklagt und seine Klage nicht auf eine privatrechtliche durch Privatwillkühr von diesem übernommene Verpflichtung und deren Verletzung, sondern auf die beiden Punkte gestützt hatte, einmal daß in der ihm ertheilten Concession zur Herstellung von Stöcken die Befugniß, auch die dazu erforderliche Dreherarbeit in seiner Fabrik vornehmen zu lassen, gar nicht begriffen sei und er somit dazu keine Befugniß habe, sodann daß ihm diese Befugniß von der Behörde gar nicht habe ertheilt werden können, weil dadurch des Handwerks schon bestehende Gewerbsrechte verletzt würden. Der erste Punkt gehörte nicht zur Cognition der Gerichte; der zweite aber war wenigstens mit dem Beklagten nicht zu verhandeln, denn so lange dessen Concession bestand, die ihm das Anfertigen von Stöcken gestattete, und durch eine

neuere Verfügung oder Erläuterung der zuständigen Verwaltungsbehörde die dazu gehörige Dreherarbeit nicht ausgenommen war, so lange blieb der Fabrikinhaber in seinem Recht, wenn er von der ihm ertheilten Erlaubniß Gebrauch machte. — In diesem Sinne sprach sich die Rechtsfacultät zu Jena in einem Erkenntnisse zweiter Instanz vom August 1845 aus.

2. Prozeßkosten.

1) Zur Kostenvergleichung genügt a) noch nicht, daß keine entschiedenen Beweise leichtfertiger Streitsucht vorliegen, sondern es müssen umgekehrt besondere Gründe der Entschuldigung des erfolglosen Streitens vor Gericht beigebracht werden. Die bloße Ueberzeugung einer Parthei von ihrem guten Recht gewährt einen solchen Grund keineswegs, vielmehr muß der Zustand des Thatsächlichen oder des dabei zur Sprache kommenden positiven Rechts von der Art sein, daß diese Ueberzeugung guten Grund hatte, oder daß ohne ein gerichtliches Urtheil zu einer Entschiedenheit über das Recht nicht zu gelangen war. (App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Bonn vom Jahr 1840, desgl. der Rechtsfacultät zu München vom Jahr 1842.) b) Die Ansicht, daß in allen Fällen, wo ein Prozeß durch Ausschwörung eines nothwendigen (richterlichen) Eids beendigt wird, die Compensation der Kosten einzutreten habe, ist, obwohl mitunter darnach erkannt worden (z. B. im Jahr 1839 von der Rechtsfacultät zu Würzburg), in dieser Allgemeinheit nicht zu billigen. Wer einem Anderen durch unrechtmäßige Handlungen Schaden zugefügt hat, muß diesen ersetzen, und dies gilt insbesondere auch von den Prozeßkosten. Der unterliegende Theil erscheint vom Augenblick der Streitbefestigung an im Verzug und somit im bösen Glauben, und gleichwie er deshalb Früchte und Zinsen ersetzen muß, ebenso muß der formell festgesetzte böse Glauben auch bei Erstattung der Prozeßkosten in Be-

tracht kommen, die noch mehr als entbehrte Früchte und Zinsen die Natur eines damnum emergens an sich tragen. Einerlei bleibt, wie Kläger seine Klage, Beklagter seine Einreden darzuthun versucht hat, zumal da die Wahl der Beweismittel selten von der Willkür des Beweisführers ganz abhängt. Es bleibt also auch gleichgültig, ob der versuchte Beweis erst noch durch einen nothwendigen Eid zu ergänzen war. Durch Auferlegung desselben erkennt der Richter keineswegs unbedingt an, daß des Siegers Recht nicht ganz rein und vollkommen erscheine, noch weniger daß der Beklagte zum Widerstand berechtigt und in gutem Glauben sei; es kann füglich darin auch blos das Anerkenntniß liegen, daß das vom Kläger zur Unterstützung seiner Rechtsansprüche Vorgebrachte in formeller Hinsicht noch einiger Ergänzung bedürfe. Nur in dem einzigen Falle ist die Kostenvergleichung nach Ausschwörung eines Erfüllungseids allgemein gerechtfertigt, wenn die zum Beweis verstellte Thatsache in Beziehung auf den Produkten als eine dergestalt fremde erscheint, daß er nach billiger Beurtheilung der Umstände und selbst durch sorgfältige Erkundigung von ihrem Dasein keine Kenntniß und keinen genügenden Aufschluß erhalten konnte, weil er alsdann Entschuldigung verdient, indem er sie nicht sofort als wahr einräumte, sondern den Beweis vom Gegner verlangte. Schwört eine Parthei den ihr auferlegten oder nachgelassenen richterlichen Eid nicht, so rechtfertigt sich die Kostenvergleichung, wenn öfterer Wechsel der Erkenntnisse und wirkliche Zweifelhaftigkeit der Sache vorliegt. Diese Voraussetzungen rechtfertigen selbst allgemein und durchgreifend die Compensation der Kosten. — Nach diesen Grundsätzen erkannte das Ob.-App.-Ger. zu Lübeck in den Jahren 1825, 1833, 1836, 1839, 1840, 1842 und auch neuerdings, ferner die Rechtsfacultät zu Erlangen 1836, Göttingen 1839, Tübingen 1840 und Jena 1845.

2) Was insbesondere die Kosten der höheren Instanzen betrifft, so ist a) der Apellant, welcher die übereinstimmenden Erkenntnisse dreier Instanzen gegen sich hat, in die Kosten aller Instanzen zu verurtheilen, wenn auch der Gegner hierauf erst nach Einreichung seiner Vernehmlassung letzter Instanz angetragen haben sollte, weil über den Kostenpunkt von Amtswegen entschieden werden kann (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Dec. 1846). b) In den größten Theil der Appellationskosten ist Appellant zu verurtheilen, wenn die Mehrzahl seiner Beschwerden nicht blos unbegründet befunden wird, sondern zugleich so wenig für sich hat, daß die Beharrlichkeit, womit er sie auch in der letzten Instanz verfolgte, einer ernsten Mißbilligung kaum entgehen kann (Ob.-App.-Ger.-Erkenntnisse aus den Jahren 1840 und 1842). c) Auf Kostenvergleichung wird in höherer Instanz der Regel nach bei jeder Abänderung des vorderen Urtheils erkannt, wenn sie auch nur in einer Modification desselben besteht und nur einen einzigen derjenigen Hauptpunkte betrifft, worüber Appellant sich beschwert erachtet hat. Diese Regel ist aber nicht ohne Ausnahmen. Namentlich tritt eine Ausnahme bei offenbarer Streitsucht ein, wo neben der Verurtheilung in die Kosten noch eine besondere Strafe gegen die Parthei und deren Anwalt zu erkennen ist, wenn die böse Absicht, sich ihren Verpflichtungen zu entziehen und das gute Recht der anderen Parthei zu kränken, eben so offen zu Tag liegt, wie die Chikanen, wodurch ihr der Anwalt mittelst Aufstellung frivoler Einreden, wohl auch einer gleichartigen Widerklage, und mittelst Verschleppung der Sache durch alle Instanzen Vorschub zu leisten bereit gewesen ist (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Oct. 1842). Erfolgt in letzter Instanz die Bestättigung der vorderen Erkenntnisse, aber aus ganz anderen Gründen, und hatte die Berufung in erheblichen Punkten Manches für sich, z. B. in

Betreff der Widerklage, so wird auf theilweise Compensation der Kosten dieser Instanz erkannt, z. B. der Hälfte (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom April 1836). Hat Appellant die Kosten zweiter Instanz wegen geringer Abänderung des vorderen Urtheils größtentheils übernehmen müssen (was in diesem Falle die Regel bildet, zumal wenn Appellant durch undeutliches Vorbringen in der unteren Instanz zu kleineren Versehen des Unterrichters selbst die Veranlassung gegeben hat, Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Oct. 1845, App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Heidelberg vom Nov. 1846), in dritter Instanz ist aber auf dessen Beschwerden noch weiter reformirt worden, so ist in dieser Instanz auch bezüglich der Kosten für ihn günstiger zu erkennen. Ueber den Umfang dieses günstigeren Erkenntnisses läßt sich nur nach den jeweiligen Umständen urtheilen. So wurden z. B. in einem Falle die Kosten zweiter und dritter Instanz zur Hälfte verglichen und Appellant in die andere Hälfte verurtheilt, wo die Beschwerden in der Vorklage abermals gänzlich verworfen werden mußten, die Abänderungen in Betreff der Widerklage aber nur auf weniger erhebliche Punkte sich bezogen (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Mai 1845). In einer andern Sache wurde auf Vergleichung der Kosten letzter Instanz erkannt, obwohl die angefochtenen Erkenntnisse in der Sache selbst zu bestätigen waren, weil theils der gegenwärtige Rechtsstreit sich nur als Fortsetzung eines früheren unter denselben Partheien in gleicher Richtung verhandelten darstellte, wobei schon eine allgemeine Compensation erkannt gewesen, theils die Zweifelhaftigkeit der Sache in Ansehung mehrerer zur Entscheidung gekommener Fragen sich nicht verkennen ließ (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom April 1842). Auf theilweise Compensation wurde ferner in einem Falle erkannt, wo beide Theile appellirt hatten, die Appellation des einen ganz verworfen, derjenigen des anderen theilweise stattgegeben wurde, eine Trennung der Kosten beider Appellationen aber ohne Schwierigkeit sich nicht durchführen ließ (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Juli 1848).

Wenn nur auf einen kleinen Theil der Beschwerden des einen Theils eingegangen werden konnte, diejenigen des anderen aber, obwohl sie verworfen werden mußten, doch sehr zweifelhafte Fragen betrafen, während die meisten Beschwerden und früheren Einreden des Beklagten ungegründet erscheinen, auch dessen Appellation den größten Theil der Kosten verursacht hat, so findet es das Oberappellationsgericht zu Lübeck angemessen, die Compensation sämmtlicher Kosten letzter Instanz eintreten zu lassen (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom April 1845). — Ergreifen beide Theile Rechtsmittel und erlangt jeder in höherer Instanz eine Abänderung des vorderen Erkenntnisses, so hat eigentlich jeder die Kosten des Rechtsmittels seines Gegners zu tragen. Dieß läßt sich jedoch nicht durchführen, wenn die Beschwerden jeder Parthei dieselben Punkte betreffen, aber jedes Rechtsmittel auf mehrere Punkte gerichtet ist, und die eine in Ansehung des einen, die andere in Ansehung des anderen Punktes unterliegt, denn hier sind die einander gegenüberstehenden Beschwerden zugleich gegenseitige Angriffe und Vertheidigungen gegeneinander, und jede Parthei ist in einer Beschwerde durch den Sieg des Gegners überwundener, aber in dem Verfahren, dem diese Beschwerde angehört, siegender Theil, und ihre der vom Gegner verlangten Abänderung gegenüberstehende Beschwerde ist nicht blos ein unwirksam gebliebener Theil ihres eigenen Rechtsmittel-Verfahrens, sondern der Gegenstand eines Rechtsmittel-Verfahrens des Gegners, womit er einen Sieg errungen hat. Vermöge der Ungetrenntheit des Verfahrens über den Gegenstand der begründeten Beschwerde des Gegners und die eigene begründete Beschwerde wird das Verfahren der einen Parthei Bestandtheil desjenigen der anderen Parthei und es ist in Ansehung eines und desselben Verfahrens eine Verurtheilung in dessen Kosten sowohl gegen sie als ihren Gegner begründet, so daß Anspruch auf Kostenersatz und Pflicht zur Kostenerstattung in Ansehung desselben Verfahrens in der-

ſelben Perſon zuſammentreffen, ein Zuſammentreffen, welches nur vermieden würde, wenn jede Beſchwerde in einem abgeſonderten Verfahren verhandelt worden wäre. Sind hienach die Gründe für die Koſtenverurtheilung in Anſehung jeder Parthei gleich, ſo iſt die Compenſation der Koſten die nothwendige Folge davon. Dieſe begreift denn auch die Koſten der Actenverſendung, wenn jede Parthei ein dazu führendes Rechtsmittel ergriffen und eine und dieſelbe Facultät über beide Rechtsmittel abgeurtheilt hat; jede Parthei trägt alsdann die Hälfte der Verſendungskoſten (Rev.-Erk. der Rechtsfacultät zu Heidelberg vom Auguſt 1850). d) Sind die Acten in der Hauptſache verſendet und die in einer Nebenſache erwachſenen wegen Connexität an dieſelbe Rechtsfacultät von Amtswegen geſchickt, zu dieſer Verſendung in der letzteren Sache vom Gegner alſo kein Anlaß gegeben worden, ſo müſſen die ſämmtlichen Verſendungskoſten in dieſer Sache von derſelben Parthei getragen werden, welcher die Koſten der Appellationsinſtanz überhaupt zur Laſt fallen (App.-Ger.-Erkennt. der Rechtsfacultät zu Göttingen vom April 1843, desgl. Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Dec. 1844). Dieſer Grundſatz iſt überhaupt für alle Fälle leitend, wo eine Parthei durch den Antrag auf Actenverſendung in ihrer Appellation zugleich dieſelbe Verſendung in Beziehung auf die Appellation der anderen Parthei nothwendig machte, weil über beide Rechtsmittel wegen ihrer Connexität von einem und demſelben Richter erkannt werden mußte (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom März 1843). Die Koſten der Actenverſendung in der Oberappellationsinſtanz trägt allemal der darum nachſuchende Theil, weshalb es keiner beſonderen Erwähnung derſelben in dem eingeholten Facultätserkenntniß bedarf. Die Verſendungskoſten in der Reviſionsinſtanz fallen dagegen keineswegs dem auf Reviſion antragenden Theil als ſolchem zur Laſt, da in dieſer In-

ſtanz die Transmiſſion der Acten eine nothwendige iſt und deshalb dieſe Koſten den übrigen gleich gehalten werden müſſen; der Revident muß alſo auch ſie tragen, wenn ſeine Reviſion abgewieſen wird (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom März 1840, Reviſ.-Erk. der Rechtsfacultät zu Würzburg vom Mai 1842, desgl. der Rechtsfacultät zu Heidelberg vom Aug. 1843). Wurde in revisorio erkannt, die Koſten der Actenverſendung ſeien vom Revidenten allein zu tragen, die übrigen Koſten dagegen zu compenſiren, und Gegner hat ſich in letzter Inſtanz nur über die zweite Entſcheidung beſchwert, ſo kann die erſte (über die Koſten der Actenverſendung) im Wege einer Adhäſion nicht angefochten werden, weil ein Reviſionserkenntniß dieſer Art zwei ganz verſchieden nicht connexe Entſcheidungen über die Koſten enthält, wobei es gleichgültig iſt, daß ſich beide auf denſelben Gegenſtand, nemlich auf die Koſten des Prozeſſes beziehen. Man kann alſo auch nicht annehmen, daß durch Aufhebung eines ſolchen Reviſionserkenntniſſes in der Hauptſache zugleich jene erſte Beſtimmung hinſichtlich der Koſten der Actenverſendung von ſelbſt mit wegfiele, denn gedachte Beſtimmung iſt unter den angegebenen Umſtänden als eine von der Hauptſache unabhängige zu betrachten (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Sept. 1840). Sind durch Adhäſion des Reviſen keine beſondere Koſten verurſacht worden, die Adhäſion aber wird verworfen, ſo hat der in der Hauptſache unterliegende Revident auch dieſe Koſten zu tragen (Rev.-Erk. der Rechtsfacultät zu Erlangen vom Dec. 1845).

3. Klage.

1) Die Klagſchrift muß eine beſtimmte und klare Geſchichtserzählung, den Klagegrund und eine beſtimmte ſchlüſſige Bitte enthalten. a) Es ſind darin alle Thatſachen aufzuführen, auf welchen das angeſprochene und zuzuerkennende Recht beruht. Hievon kann auch

z. B. bei einer Entschädigungsklage keine Ausnahme gemacht werden. Deren Basis liegt nicht in einer ungesetzlichen Handlung, sondern in dem daraus entstandenen Schaden. Dieser muß gleich im Hauptprozeß zur Gewißheit erhoben werden, wenn nicht die Grundlage des Entschädigungsanspruchs zusammensinken soll. Es würde gegen alle Prozeßregeln verstoßen, wollte man ein besonderes Verfahren darüber zulassen, ob ein aus einem bestimmten Factum etwa entstandener Schaden vergütet werden müsse, und erst in einem zweiten Prozeß ermitteln, ob in dem früheren um etwas oder um nichts gestritten worden sei, vielmehr ist jede auf nichts Anderes als auf Schadensersatz gerichtete Klage schon von Anfang an durch die Existenz eines wirklichen Schadens bedingt. Daher muß Kläger z. B. in einem Zehntproceß, wenn er auf die formelle Art der Bezehntung als Titel eines Entschädigungsanspruchs Werth legt, in seiner Klage anführen, daß hieraus ein Schaden für ihn und welcher entstanden sei, und es genügt nicht, wenn er blos im Allgemeinen Ersatz aller durch die widerrechtliche Bezehntung verursachten Kosten und Schäden begehrt in der Meinung, daß vorerst festzustellen wäre, ob die angeblich beschädigenden Handlungen illegal seien, einem späteren Liquidationsverfahren aber überlassen bliebe zu ermitteln, ob und welcher Schaden daraus erwachsen sei (App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Würzburg vom April 1842). b) Bei einer Klage, die nicht die Entwendung einer einzelnen Sache, sondern die Veruntreuung, Unterschlagung und Verschleppung einer ganzen Menge von Sachen zum Gegenstand hat, kann man zwar nicht verlangen, daß Kläger in Ansehung einer jeden einzelnen genau und speciell angebe, wann, wo und wie sie weggeschafft worden, vielmehr muß man sich schon insofern mit einer allgemeinen Angabe des Klagegrunds begnügen; es können indessen solche Veruntreuungen in so mannichfaltiger Weise verübt worden sein, daß darüber wenigstens das Genauere sofort anzugeben ist, denn was in der Klage füg-

lich vorgetragen werden kann, muß auch schon in ihr enthalten sein, um dem Beklagten die Gelegenheit zu seiner vollständigen Vertheidigung nicht ohne Grund zu entziehen (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom März 1842). c) Es schadet nicht, wenn in einer Klage die Angabe der causa debendi fehlt, sofern sich diese aus deren Anlagen ergibt, z. B. aus einem Contocurrent, auf den in der Klage Bezug genommen ist, und welcher das gegenseitige Rechnungsverhältniß so deutlich darlegt, daß eine specielle Einlassung des Beklagten darauf möglich wird. Liegt ein früheres Anerkenntniß des eingeklagten Contocurrents vor, z. B. in Briefen des Beklagten, so bedarf es zur Begründung der einzelnen Posten desselben in der Klage keiner näheren Ausführung und Nachweisung ihrer Entstehung im Einzelnen. Ist im Contocurrent eine Summe als Zinsen aufgeführt, so genügt auch dies, weil dann die Art und Weise der Entstehung dieses Postens hinreichend bestimmt angegeben, die Klage somit genügend substantiirt ist (App.-Ger.-Erk. vom Dec. 1841 und Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Nov. 1845). d) Successive Leistungen können in einer Klage insofern gleichzeitig gefordert werden, wenn darin, neben der Rechnungsablage, zugleich auch die Zahlung des Residuums verlangt worden ist. Hierin liegt keine verbotene Klagenhäufung. Subjective Klagenhäufung ist zulässig, wenn die mehreren Klagen in genauer Verbindung mit einander stehen und durch die Cumulation keine Verwirrung in der Prozeßführung erzeugt wird, die Verbindung vielmehr zweckmäßig erscheint. Die Zulässigkeit derselben wird nicht dadurch bedingt, daß auf die mehreren Klagen der strenge doctrinelle Begriff von Streitgenossen anwendbar sei, sondern es genügt, wenn zwischen den mehreren Ansprüchen eine gewisse Connexität und Gemeinschaftlichkeit stattfindet und zugleich die Verbindung der mehreren Sachen sich als prozessualisch zweckmäßig

darstellt. Ist derselbe Gegenstand mit mehreren Klagen verfolgbar, so kann man sie alle gleichzeitig mit der Wirkung anstellen, daß dasjenige, was mit der einen gewonnen wird, von der anderen abzuziehen bleibt, die mehreren Klagen also in diesem Sinne sich einander aufheben. Hätte z. B. Jemand über eine Schuld einen gewöhnlichen Schuldschein und weiterhin einen Wechsel ausgestellt, so könnte er aus beiden belangt werden. Klagte der Gläubiger zuerst aus dem Wechsel, so würde die Forderung aus dem Schuldschein insofern aufgehoben, als der Gegenstand der Forderung mit der Wechselklage gewonnen worden wäre; es dürfte aber aus deren Anstellung ein Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs aus dem Schuldschein nicht abgeleitet werden (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Nov. 1840, Jan. und Nov. 1841, App.-Ger.-Erk. vom Mai 1841).

2) Die Anwendung des strengen Verbots jeder Aenderung und Emendation der Klage nach der Einlassung ist durch die Praxis und durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit gemildert worden, so daß das richterliche Ermessen dabei nicht ausgeschlossen wird. Dies ist in gerichtlichen Erkenntnissen schon öfters und zwar nach verschiedenen Richtungen hin anerkannt worden. Es läßt sich nicht ohne Unterschied jede neue thatsächliche Behauptung, die im Laufe einer Prozesses vorgebracht wird, sofort als verbotene Aenderung der Klage betrachten, vielmehr gehört sie nur erst dann unter diesen Begriff, wenn dadurch ein ganz neues Klagfundament nachgeholt oder ein bereits vorgebrachtes wesentlich modificirt würde. Aus diesem Grund bleibt die Zulässigkeit eines Beweises per aequipollens selbst für solche Fälle nicht unbedingt ausgeschlossen, in welchen die mangelhafte Abfassung des vom Richter vorgeschriebenen Beweisthema's durch die eigene Schuld des Producenten veranlaßt wurde (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Dec. 1836 und Febr. 1839). Heißt es in einer Klage, der Beklagte habe

einen gewissen Gegenstand zu einem bestimmten Preis empfangen und schulde dafür dem Kläger so und so viel, ohne daß zugleich die Zeit des Empfangs genau angegeben ist, so mag letzteres in der Replik als eine bloße Erläuterung der Klage unbedenklich nachgeholt werden (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Mai 1841). Klagt ein Bauhandwerker seine der Klage beigefügte Rechnung ein, so versteht sich letztere, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich angeführt wird, immer ohne Weiteres von Arbeiten, die im Auftrag des beklagten Bauherrn in dessen Haus u. s. w. und zu den laufenden Preisen gefertigt worden; es muß also das Klagfundament nicht nothwendig darauf gehen, daß Kläger alle in der Rechnung aufgeführten Arbeiten und jede einzelne insbesondere in Folge Auftrags des Beklagten besorgt habe, und es bleibt ihm somit auch unverwehrt, alles dieses noch nachträglich in der Replik zu erklären (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Juli 1841). War gegen zwei Ehegatten solidarisch geklagt, so liegt im Fallenlassen der Klage gegen die Frau keine unzulässige Aenderung der Klage, da deren Substanz in Beziehung auf den Ehemann unverändert bleibt (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Febr. 1848). Dagegen tritt jenes Verbot allerdings in allen denjenigen Fällen ein, worin eine wirkliche Aenderung der Klage zu erkennen ist. So z. B. muß die Klageschrift allemal schon den Grund der Klage enthalten, so daß ein Nachbringen desselben nach der Einlassung des Beklagten nicht zulässig erscheint (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Jan. 1839). Wäre eine Klage von der Art, daß sie nur in Folge einer Cession angestellt werden könnte, die Cession würde aber erst in der Replik angeführt, so müßte der Richter die Klage wie angebracht abweisen, weil eine solche Nachholung des in Mitte liegenden Verhältnisses die Substanz der Klage wesentlich änderte (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Mai 1841). Stellte Jemand eine Vindicationsklage an und erklärte in der Replik, er

habe sich im Gegenstand geirrt und wolle nunmehr statt des in der Klage bezeichneten Gegenstands A den Gegenstand B vindiciren, so würde dies nicht angehen, weil bei der Reivindication das, was für das Eigenthum eines Andern erworben ist, nicht ohne Weiteres an die Stelle des dafür Hingegebenen tritt und der Gegenstand des Beweises unter Umständen ein ganz anderer als im ursprünglichen Vindicationsfall sein kann (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Jan. 1844). — Von selbst leuchtet übrigens ein, daß verbotene Aenderungen der Klage die Anstellung einer neuen Klage gegen Kostenersatz an den Beklagten nicht nöthig machen, wenn dieser seine bereits erfolgte Vertheidigung ohne Nachtrag fort gelten lassen will, beziehungsweise sich ohne allen Widerspruch in der Duplik darauf eingelassen hat.

3) Die strengen Grundsätze des römischen Rechts über die Nachtheile der Pluspetition können nur auf solche Fälle bezogen werden, wo der Klage ein auf etwas Bestimmtes gerichtetes Geschäft, ein certum, zu Grund liegt und die Klagforderung dieses überschreitet, dürfen aber da nicht angewendet werden, wo nur von Liquidirung eines Schadens u. dgl. die Rede ist, sich zum Voraus gar nicht bestimmen läßt, wie hoch sich das Ergebniß der künftigen Liquidation belaufen werde und daher Kläger, von welchem doch wenigstens die Angabe einer bestimmten Summe verlangt wird und dem das Gericht nicht leicht mehr, als was er gefordert hat, zuerkennt, fast genöthigt ist, um seinem Rechte nichts zu vergeben, den muthmaaßlichen höheren Betrag zu fordern (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom März 1848). Eine erst im Beweisverfahren sich ergebende Pluspetition kann niemals zur Abweisung angebrachter Maaßen, sondern nur zur Minderung der Klagsumme und etwa zu theilweiser Verurtheilung in die Kosten führen (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Sept. 1850). Bedenklich erscheint es, die poena

plurispetitionis da eintreten zu lassen, wo letztere sich erst aus einer bestimmten Entscheidung über zweifelhafte Controversen herausstellt (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Oct. 1850). — Bei betagten Forderungen genügt es und kann unbedenklich eine Verurtheilung Statt finden, wenn die bei der Klaganstellung noch fehlende Fälligkeit nur bis zu ergehendem Urtheilsspruch eintritt. Nicht unbedenklich erscheint zwar, ob bloße Rücksichten der Zweckmäßigkeit entscheiden können gegenüber den gesetzlichen Vorschriften über Klagbarkeit betagter Ansprüche und über zu frühe Anstellung der Klage. Auch ist eine feste Praxis dafür nicht vorhanden, daß eine Condemnation Statt finden könne, wenn die bei der Klaganstellung noch fehlende Fälligkeit wenigstens im Laufe des Prozesses und bis zum Erkenntniß eingetreten ist. Für die Bejahung dieses Satzes spricht jedoch entschieden die Analogie der gemeinrechtlichen Vorschriften, nach welchen anzuerkennen ist, daß solche factische Verhältnisse, die nicht eigentlich zum Klagegrund gehören, noch die Entstehung des Rechts wesentlich bedingen, vielmehr nur für dessen Realisirung erforderlich sind, sonach blos für die Wirksamkeit der Klage eine Nebenvoraussetzung auf Seiten des Beklagten bilden, nicht nothwendig schon zur Zeit der Klaganstellung vorhanden zu sein brauchen, sondern eine Verurtheilung auch dann eintreten kann, wenn sie nur wenigstens zur Zeit des Urtheils nicht mehr fehlen. Dies greift zumal bei betagten Forderungen ein, wo zwar vor dem Verfall das Forderungsrecht nicht realisirt werden kann, aber doch alsbald erworben ist und mithin die Fälligkeit nicht zum Klagegrund und Rechtserwerb gehört. Dafür, daß bei betagten Forderungen der Eintritt des Fälligkeitstermins vor ergehendem Urtheil zu einer Condemnation führen könne, spricht sogar in specieller Beziehung auf die hereditatis petitio die gesetzliche Bestätigung in l. 16. pr. D. de hered. petit. Insoweit kann auch auf den Streitpunkt nichts ankommen, ob die dem Beklag-

ten gemachte Friſtbewilligung wegen nicht pünktlicher Einhaltung der Termine für verfallen erachtet werden dürfe (Ob.-App.-Ger.-Erk. von 1841, 1842, 1845, 1849 und 1850). — Erſchiene eine Klage wirklich zum Theil verfrüht, ſo könnte der Umſtand, daß Kläger den Schuldſchein qu. in der ihm günſtigſten Weiſe ohne eigentliche Entſtellung des Thatſächlichen gedeutet hätte, demſelben als dolus nicht angerechnet werden. Hätte ihm nun die Kündigung einer in mehreren Raten zahlbaren Forderung ſchon bei Einreichung der Klage zugeſtanden, ſo wäre nichts dabei zu erinnern, wenn das Gericht ihm die Zahlung der gültig gekündigten Rate auf den entſprechenden Zahlungstermin ſofort zuerkannt hätte (App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät Halle-Wittenberg vom Febr. 1852).

4) Was weiterhin die provocatio ad agendum betrifft, ſo kann dem, der ſelbſt ein Klagrecht hat, die Befugniß, ſeinen Gegner mittelſt Provocation zur Klaganſtellung zu zwingen und ſich dadurch die vortheilhaftere Rolle des Beklagten zu verſchaffen, nicht zugeſtanden werden, denn das Rechtsmittel der provocatio ad agendum iſt nur als ein ſubſidiäres anzuſehen, das die ſonſt fehlende Möglichkeit rechtlicher Entſcheidung eines ſtreitigen Verhältniſſes dem dabei Betheiligten zu verſchaffen beſtimmt iſt. Dieſe Anſicht hat ſich ſchon frühzeitig unter den Practikern geltend gemacht, wenngleich ein entſchiedener Gerichtsgebrauch dafür ſich nicht behaupten läßt. So iſt namentlich mitunter da, wo es ſich um ſervitutiſche Rechte handelt, deren ſich ein Nachbar berühmt und welche der Eigenthümer des angeblich dienenden Grundſtücks nicht anerkennen will, letzterem die Provocationsbefugniß beigelegt worden, obgleich derſelbe in der Negatorienklage ein hinreichendes Mittel zur rechtlichen Erledigung des obwaltenden Streits beſitzen würde. Zu einer derartigen Beſchränkung der Provocationsbefugniß, wie ſie oben angedeutet worden, führt indeſſen die allgemeine ratio juris. Dieſe Befugniß überhaupt wurzelt im praktiſchen Bedürfniß und alle Klagaufforderungen ſind

durch den Gerichtsgebrauch eingeführt worden. Das Provocationsrecht ist als ein jus singulare zu betrachten, das einer stricten Interpretation unterliegt, und man darf es nur insoweit anerkennen, als entweder ein ganz unbestrittener Gerichtsgebrauch für die Zulässigkeit dieses außerordentlichen Rechtsmittels nachweislich, oder doch in den Anforderungen des bürgerlichen Verkehrs ein ausreichendes Motiv dafür zu finden ist, der ratio juris entgegen die Klagerhebung dem freien Entschluß des Betheiligten zu entziehen. An einem solchen praktischen Bedürfniß zur Gestattung der Provocation würde es aber freilich fehlen, sobald derjenige, dem gegenüber ein Dritter rechtlicher Ansprüche sich berühmt, durch eine ihm selbst zuständige Klage ohnehin schon in der Lage wäre, den Grund oder Ungrund jener Ansprüche klar zu stellen und die obwaltende Rechtsdifferenz zur endlichen Entscheidung zu bringen. Von diesem Gesichtspunkte aus muß man denjenigen Autoren beistimmen, welche sich für eine blos subsidiäre Zulassung der Provocationen erklären. Im Uebrigen ist es für die Zulässigkeit einer Provocation nicht als wesentlich zu betrachten, daß die Berühmung im großen Publikum oder gar in einer für den Provocaten verletzenden und nachtheiligen Weise geschehen sei. Dagegen ist es als eine Diffamation nicht gelten zu lassen, wenn Jemand nur zur Motivirung eines bei einer Behörde gestellten Antrags und überhaupt zur Wahrnehmung seiner eigenen Rechte sich darauf bezogen hat, daß er gegen einen Anderen gewisse Ansprüche erheben zu können vermeine. — In diesem Sinne hat das Oberappellationsgericht zu Lübeck schon öfters erkannt, und zwar neuerdings im October 1850.

4. Vertheidigung des Beklagten.

1) Der Beklagte muß sich, damit der eigentliche Streitpunkt für diesen Prozeß festgestellt werde, über die der Klage

zum Grund liegenden Thatsachen ausdrücklich und deutlich, im Falle der Ableugnung aller oder einzelner Thatsachen auch speciell, sogleich in der Vernehmlassung auf die Klage erklären (einlassen), auch bei Strafe des Ausschlusses alle seine Einreden gegen diese Klage zusammen und auf einmal in demselben Schriftsatz oder Termin vorbringen. a) Es genügt so wenig eine allgemeine Verneinung dahin, daß man dem gegnerischen Vorbringen von oben bis unten widerspreche, wie eine Verwahrung, durch Stillschweigen nichts nachgegeben haben zu wollen, denn allgemeines Widersprechen und Verwahrungen sind durchaus unbestimmte Erklärungen. Namentlich muß der Beklagte Punkt für Punkt erklären, inwiefern es sich hinsichtlich der Angaben Klägers anders verhalte, als von diesem behauptet worden. Daher kann die allgemeine Ableugnung einer eingeklagten Rechnung im Ganzen gegen das gesetzliche Präjudiz nicht schützen, sondern der eine Ueberforderung behauptende Beklagte muß speciell angeben, welche Posten ihn gar nicht angehen, welche Preise und inwieweit diese übersetzt seien u. s. w. (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom März 1840, Juli 1841, Sept. 1844, April und Nov. 1845, desgl. Rev.-Erk. der Rechtsfacultät zu Heidelberg vom Aug. 1840). Sucht der Beklagte in seiner Exceptionsschrift sich als den unrechten Beklagten darzustellen, so darf er im Uebrigen, z. B. hinsichtlich der Richtigkeit des eingeklagten Kaufpreises, nicht mit Nichtwissen antworten, sondern er muß für den Fall, daß er für den rechten Beklagten erklärt würde, diese Thatsache entweder zugestehen oder ableugnen, sonst trifft ihn die gesetzliche Strafe (App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Heidelberg vom Dec. 1840). Dadurch, daß Jemand die Einrede der Zahlung und Zuvielforderung vorschützt, ist er des Erkaufens z. B. von Früchten nicht geständig zu halten. Er muß aber das Erkaufen, wenn er es leugnen will, bestimmt und unzweideutig in Ab-

rede stellen, sonst wird sein Zugeständniß dieser Thatsache angenommen. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Beklagte zwei Punkte, das Erkaufen und die Preise, in einem und demselben Gliede seiner Einlassung so verbunden und in das Leugnen gestellt hat, daß sich nicht erkennen läßt, ob er beide, und wenn dies nicht, welchen von beiden er widersprechen wollte. Das gesetzliche Präjudiz trifft den Beklagten alsdann auch hinsichtlich der Preise. Auch hilft ihm nicht, wenn er widerspricht, die vom Kläger angesetzten Preise diesem zu verschulden, denn der so allgemeine und zweideutige Ausdruck „verschulden", welcher sich eigentlich mehr auf die rechtliche Verbindlichkeit bezieht, läßt nicht erkennen, ob der Beklagte leugnen will, er habe die ausgeklagten Posten vom Kläger gekauft und erhalten, oder die angesetzten Preise seien die beim Kaufe bedungenen gewesen, oder ob er damit nicht ausdrücken will, sie seien ohne Rücksicht auf das Bedingen zu hoch angesetzt gewesen, oder endlich ob das Vorgetragene nicht den Sinn haben soll, Beklagter verschulde jene Preise nicht, weil er dem Kläger etwa Zahlung dafür geleistet habe. Will der Beklagte das ihm berechnete Maaß, z. B. gelieferter Früchte, in Abrede stellen, so muß er bestimmt angeben, wie viel weniger das Empfangene betrage oder mindestens, daß er nicht wisse, daß die fraglichen Lieferungen mehr als ein von ihm zu bezeichnendes Minimum betragen hätten, damit der Richter für die Beweisauflage einen festen Anhaltspunkt erhalte (Rev.-Erk. der Rechtsfacultät zu Heidelberg vom März 1839). Im Uebrigen erstreckt sich die Pflicht der bestimmten Beantwortung aller gegnerischen Behauptungen bei Vermeidung der Annahme des Eingeständnisses nicht so weit, daß alle Worte des Gegners mit Beifügung der Bejahung oder Verneinung wiederholt werden müßten, vielmehr genügt es, wenn aus der Beantwortung deutlich ersehen werden kann, welche Momente zugestanden und welche verneint werden wollen.

Auch ist es erlaubt, sich statt der wiederholten Aufzählung der einzelnen Thatsachen eines Gesammtausdrucks zu bedienen, der nach der gemeinverständlichen Redeweise alle die einzelnen Thatsachen umfaßt. Der Widerspruch insbesondere ist in dem Sinne zu verstehen, daß Beklagter jene Thatsachen in der Weise zu widersprechen beabsichtige, wie Kläger sie zu benutzen gedenkt. Das erforderliche Detail der Antwort richtet sich nach der größeren oder geringeren Genauigkeit der Behauptung, so daß auf eine blos allgemein aufgestellte Behauptung auch schon eine allgemeine Ableugnung genügt. Ueberdies kann durch speciellere Erklärung bei den Einreden die anscheinend allgemeine Einräumung, welche aus der Fassung der Einlassung gefolgert werden möchte, näher begränzt und somit beschränkt werden (App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Würzburg vom Juli 1840, Rev.-Erk. vom Mai 1843, Ob.-App.-Ger.-Erk. vom April 1842, Jan. 1846 und vom Mai und Sept. 1850). b) Ein Vorbehalt der specielleren Angabe und Ausführung von Einreden bis zum Beweisverfahren ist nicht zulässig; der Beklagte muß dieselben alsbald vollständig vorbringen und deren Grund so bestimmt angeben, daß sich der Kläger gleich jetzt dagegen vertheidigen und der Richter aus der Darlegung des Sachverhalts und der daraus hergeleiteten Ansprüche einen festen Anhaltspunkt für seine Beurtheilung gewinnen kann. Indessen genügt es, bei undeutlicher Fassung der Klageschrift in der Vernehmlassung zu sagen, man werde für den Fall, daß Kläger beabsichtigte, den Beklagten z. B. als Bürgen zu belangen, sich der Einrede der Vorausklage bedienen, so daß man sie jetzt nur eventuell vorschützt, und dazu mag man sich des Ausdrucks „vorbehalten" wohl bedienen (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Febr. 1841). c) Hat der Beklagte seiner verneinenden Einlassung eine von der klägerischen abweichende Ge-

ſchichtserzählung in der Form einer Einrede des anderen Sachverhalts — exceptio rei non sic, sed aliter gestae — beigefügt, ſo läßt ſich daraus kein Geſtändniß des Beklagten ableiten, denn nach der Eventualmaxime iſt ihm der gleichzeitige Gebrauch verſchiedenartiger und ſelbſt widerſprechender Vertheidigungsgründe zum Zweck eventueller Benutzung nicht nur erlaubt, ſondern ſogar unter Bedrohung mit deren Verluſt zur Pflicht gemacht, ebendarum aber auch die Annahme ausgeſchloſſen, daß der Beklagte durch das Vorſchützen ſich widerſprechender Vertheidigungsmittel dem Kläger irgend ein Zugeſtändniß habe machen wollen, wozu offenbar alle Abſicht fehlt. Ein in des Beklagten Erzählung enthaltenes Geſtändniß kann daher nur als ſolches betrachtet, es darf als in dieſer Form zugeſtanden nicht mehr angenommen werden, als das Geſtändniß materiell umfaßt (App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Heidelberg vom Auguſt 1843). d) Unter den Begriff einer verbotenen Neuerung nach der Einlaſſung des Beklagten fallen nicht conſervatoriſche Maaßregeln, welche durch eine Veränderung der Umſtände während des Prozeſſes veranlaßt werden, z. B. die Converſion in Commiſſion gekaufter Staatspapiere während des Rechtsſtreits zwiſchen dem Committenten und dem Commiſſionär. Sind über einen Nachlaß gerichtliche Verhandlungen eingetreten und noch im Gange, ſo rechtfertigen dieſe das Verbot jeder Veräußerung oder Veränderung der dazu gehörenden und in den Händen Dritter befindlichen Gegenſtände. Die bedingte Zuſchreibung eines Immobile's, welches vordem nur vorbehältlich der Rechtsanſprüche eines Dritten und der dieſerhalb bei Gericht vorwaltenden Litispendenz veräußert worden, unter Wiederholung dieſes Vorbehalts bei ſolchen Immobilien, die bisher noch kein Folium im Transſcriptionsbuch gehabt haben, würde als eine unzuläſſige Neuerung während des Rechtsſtreits zu betrachten ſein (App.-

Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Halle vom Jan. 1840, Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Mai 1841 und März 1842).

2) Ist eine Widerklage so weitaussehend, daß deren gleichzeitige Verhandlung mit der Hauptsache die Aburtheilung dieser letzteren verwirren oder verzögern könnte, so wird die Widerklage am Besten zur besonderen Verhandlung verwiesen. Dies greift namentlich ein, wenn zwar Forderung und Gegenforderung aus demselben Geschäft herrühren, letztere aber von der Erbringung weitläufiger und im Erfolg ungewisser Beweise abhängt und der Beklagte allem Ansehen nach nur einen verhältnißmäßig geringen Theil der Klagsumme z. B. als Schadensersatz zu fordern haben wird, wo die sofortige Verurtheilung des Beklagten in die Klagsumme für ihn wegen Anwachsens der Zinsen u. s. w. selbst vortheilhafter erscheint (Ob.-App.-Ger.-Erk. vom Sept. 1840). — Im bedingten Mandatsprozeß kann nach Befinden eine illiquide Widerklage für unstatthaft erklärt und neben der Zulassung weiterer Verhandlung der Einreden sofort zurückgewiesen werden. Die Gestattung einer Replik und Duplik in kurzen Sätzen in Ansehung der Einreden hat nicht nothwendig eine gleiche Begünstigung der Widerklage in diesem Verfahren zur Folge. Letztere ist nicht als ein Theil der Vertheidigung gegen die Klage zu betrachten und darum nicht gleich den Einreden zu behandeln. Eine illiquide Einrede wird wegen ihres Zusammenhangs mit der Klage zugelassen; die illiquide Widerklage dagegen, über diesen Zusammenhang ganz oder theilweise hinausgehend und einen selbstständigen Angriff enthaltend, kann wegen triftiger Gründe um so mehr einer anderen Behandlung unterworfen werden, als es an einer gesetzlichen Bestimmung über Zulassung einer Widerklage im bedingten Mandatsprozeß gänzlich fehlt (App.-Ger.-Erk. der Rechtsfacultät zu Erlangen vom Oct. 1843, Rev.-Erk. der Rechtsfacultät zu Göttingen vom

Juni 1844). — Eine Widerklage gegen den Ceſſionar aus der Perſon des Cedenten iſt nicht zuläſſig (Ob.-App.-Ger.-Erk. von 1851, desgl. vom Jan. 1852).

(Fortſetzung im nächſten Heft.)

VIII.

Von dem Anwachſungsrecht bei Prälegaten.

Von

Bangerow.

§. 1.

Außer den gewöhnlichen Anwendungs-Fällen des Anwachſungsrechts, welche bei Prälegaten gerade ſo vorkommen, wie bei andern Vermächtniſſen, wie z. B. wenn einer von mehreren Kollegataren vor dem Erwerb des Vermächtniſſes verſtirbt, oder das Vermächtniß ausſchlägt u. dgl. m., gibt es nach der in unſern Tagen ganz allgemein angenommenen Theorie bei Prälegaten noch einen beſondern Fall des Anwachſungsrechts, welcher aus der eigenthümlichen Natur dieſer Prälegate hervorgeht. [1]) Da nämlich bei dieſen Vermächtniſſen die Eigenheit vorkommt, daß der Legatar zugleich auch der Onerirte iſt, ein ſolches Zuſammentreffen des Hono-

1) Wir verſtehen hier unter Prälegat nicht ein jedes, einem Erben hinterlaſſene Vermächtniß, ſondern nur ein ſolches, bei welchem auch der Prälegatar ſelbſt als Onerirter erſcheint, ſei es nun, daß der Erblaſſer gar keinen Onerirten beſtimmt hat — in welchem Falle alle Erben, und alſo auch der Prälegatar, nach Maaßgabe ihres Erbtheils als belaſtet erſcheinen —, oder ſei es, daß er ausdrücklich alle Erben belaſtet hat, wovon ein Beiſpiel in l. 101. §. 3. de legat. I. vorkommt. Wenn oft blos der erſte dieſer beiden Fälle genannt wird (vgl. z. B. auch meine Pandekt. II. S. 428), ſo findet dies zwar darin einige Entſchuldigung, weil er der weit häufigſte iſt, aber der einzig mögliche iſt er keineswegs, vgl. auch Buchholtz Prälegate S. 143 fg.